

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150083-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Urteil vom 30. Juni 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 12. Mai 2015 (EK150072)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachstehend Schuldnerin genannt) ist seit dem 13. Oktober 2006 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist C._____. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Schuldnerin die Produktion von Werbemitteln wie Grafiken, Beschriftungen, Messebaukonzepte, Carstyling sowie die Beratung in sämtlichen Bereichen der Werbung (act. 4).

1.2. Mit Urteil vom 12. Mai 2015, 11:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 11'139.– nebst Zins zu 5% seit 4. September 2009, Gläubigerkosten von Fr. 227.60 und Betreuungskosten von Fr. 882.10 (act. 3 = act. 5). Mit rechtzeitiger Eingabe vom 21. Mai 2015 (Datum Poststempel: 22. Mai 2015) erhob sie gegen das Urteil bei der Kammer Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 und act. 6/8).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 26. Mai 2015 wurde der Schuldnerin Gelegenheit gegeben, bis zum Ablauf der 10-tägigen Rechtsmittelfrist ihre Beschwerde abschliessend zu begründen, indem sie ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und mittels Urkunden einer der drei gesetzlichen Konkurshinderungsgründe (Art. 174 Abs. 2 SchKG) zu belegen habe. Sie wurde detailliert darüber aufgeklärt, welche Unterlagen hiezu notwendig sind und wo sie die bisher aufgelaufenen Kosten, einschliesslich der Konkursforderung, hinterlegen kann. Gleichzeitig wurde ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu leisten (act. 7).

1.4. Am 27. Mai 2015 reichte die Schuldnerin der Kammer ein Schreiben mit samt Bankbelegen ein, gemäss welchen für das Konkursamt Uster der Betrag von Fr. 700.– und zuhanden der Obergerichtskasse der Betrag von Fr. 17'049.75 ausführungsbereit sei (act. 9 und act. 10/1-2). Ebenso ging eine Bestätigung des Kon-

kursamts Uster über den Erhalt eines Barbetrags von Fr. 700.– ein, mit welchem die Konkurskosten im Falle einer Gutheissung der Beschwerde gedeckt seien (act. 11). Es darf davon ausgegangen werden, dass darin auch die Kosten des Konkursgerichts (Vorschuss des Gläubigers) enthalten sind (vgl. act. 15 S. 2 f.).

1.5. Mit Verfügung vom 30. Mai 2015 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Schuldnerin nochmals explizit darauf hingewiesen, dass sie ihre Zahlungsfähigkeit bislang noch nicht glaubhaft gemacht habe, weshalb sie erneut und nachdrücklich auf die Verfügung vom 26. Mai 2015 (act. 7) hingewiesen werde. Sie könne ihre Darstellung bis zum Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist, ausgelöst am 27. Mai 2015, noch ergänzen (act. 15 S. 3 und act. 6/8).

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-10).

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Das zu ergreifende Rechtsmittel, die Beschwerde (Art. 309 Ziff. 6 ZPO in Verbindung mit Art. 319 lit. a ZPO), ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 321 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Dies bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.2. Wie vorstehend unter Ziff. 1.4 ausgeführt, decken die von der Schuldnerin geleisteten Zahlungen einerseits die in Betreuung gesetzte Forderung inklusive Zinsen und Betreuungskosten und andererseits auch die Konkurs- und Gerichtskosten, ebenso wie den zweitinstanzlichen Kostenvorschuss (act. 11, act. 14/1-2 und act. 19). Es dürfte sogar noch ein Überschuss vorhanden sein (vgl. dazu auch S. 2 der Verfügung vom 30. Mai 2015 als act. 15). Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

2.3. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderung befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

2.3.1. Die Schuldnerin führte in ihrem Schreiben vom 4. Juni 2015 (hier rechtzeitig eingetroffen am 5. Juni 2015) aus, es seien sämtliche aktuellen Kreditoren bezahlt worden. Als einziger verbleibender Gläubiger verbleibe er, C. _____ persönlich, als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, mit seinen Zahlungen für die ausstehenden Rechnungen. Er erkläre deshalb Rangrücktritt hinter allen aktuellen und zukünftigen Gläubigern der Schuldnerin. Die einzige offene Debitorenrechnung sei die Rechnung an D. _____ AG vom 24. April 2015 über Fr. 10'218.95 (act. 13). Das Bankguthaben sei zur Zeit nicht abrufbar, da das Konto vom Betreibungsamt gesperrt worden sei (act. 17 S. 1). Zur Bekräftigung

ihrer Ausführungen reicht die Schuldnerin einen aktuellen Auszug aus dem Betreibungsregister ein (act. 18/2). Die Zukunft der A. _____ GmbH werde sich aus dem weiteren Auftragseingang ergeben. Die laufenden Kosten seien minimiert worden (keine Löhne, keine Mieten), und das Leasing werde durch den neuen Nutzniesser Herr E. _____ abgewickelt bzw. nach Aufhebung der Liquidation auf diesen überschrieben. Neue Aufträge würden nur auf Abruf ausgeführt. Von D. _____ AG sei ihr, der Schuldnerin, ein erhebliches Auftragsvolumen in Aussicht gestellt worden. Besprechungen hiezu seien bereits erfolgt und sie sei zuversichtlich, dass es mit dem Auftrag klappen werde. Falls die Zusammenarbeit schriftlich fixiert werde, würde sie, die Schuldnerin, für die nächsten Jahre über ein Auftragsvolumen von über Fr. 350'000.– pro Jahr verfügen. Falls sie den Auftrag nicht erhalten würde, dann würde sie weiterhin die kleineren Aufträge abwickeln und diese mit Temporärmitarbeitern erledigen (act. 17 S. 1 f).

Weitere Ausführungen macht die Schuldnerin nicht, ebenso wenig reicht sie abgesehen vom aktuellen Betreibungsregisterauszug weitere Unterlagen ein. Es fehlt somit an den wichtigsten buchhalterischen Unterlagen wie beispielsweise Bank- und Postkontoauszüge, einer aktuellen Kreditoren- und Debitorenliste und Jahresabschlüssen (Bilanz und Erfolgsrechnung) oder einer Steuererklärung.

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft Nr. 1 des Betreibungsamts Uster vom 18. Mai 2015 (act. 18/2) wurden im Zeitraum vom 21. August 2013 bis zum 8. Dezember 2014 – also während rund 1,5 Jahren – drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 15'015.75 eingeleitet, wobei die der Betreibung Nr. 2 zugrundeliegende Forderung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von Fr. 1'641.30 an das Betreibungsamt bezahlt wurde. In der Betreibung Nr. 3 über Fr. 1'353.35 des Staats Zürich und der Stadt Uster (wohl Staats- und Gemeindesteuern) wurde der Zahlungsbefehl zugestellt, offenbar jedoch kein Rechtsvorschlag erhoben. Die der Betreibung Nr. 4 zugrundeliegende Forderung führte zur streitgegenständlichen Konkursöffnung und wurde wie gesehen durch Überweisungen an die Obergerichtskasse hinterlegt. Offen ist damit einzig noch die Betreibung Nr. 4 über den Betrag von Fr. 1'353.35. Hier

handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung, für welche die Konkursbetreibung ausgeschlossen ist (Art. 43 SchKG). Ob dies der Schuldnerin bekannt war und sie es entsprechend unterliess, die Forderung rechtzeitig zu tilgen, kann nicht beurteilt werden. Jedenfalls ginge es nicht an, öffentlich-rechtliche Forderungen privatrechtlichen Forderungen hintan zu stellen. Dieser Aufwand ist daher bei der Liquiditätsprüfung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu berücksichtigen. Unabhängig davon handelt es sich bei der einzigen noch offenen Betreibungsforderung aber um einen geringen Betrag. Im Weiteren hat die Schuldnerin zur Zeit offenbar auch weder Lohnzahlungen zu leisten noch sind Mietzinsen fällig, womit sie mit keinen grösseren regelmässigen finanziellen Verpflichtungen konfrontiert ist. Das Leasing (wohl für ein Fahrzeug) wurde angeblich zudem vom einzigen, operativ tätigen Mitarbeiter, Herr E._____, übernommen. Zu beanstanden ist hiezu allerdings, dass die Schuldnerin keinerlei Unterlagen ins Recht legt und sie ihre Behauptungen betreffend die Lohnzahlungen, die Miete und das Leasing nicht belegen kann. Über den bisherigen Geschäftsgang sind ebenfalls keinerlei Kennzahlen vorhanden. Ebenso wenig konnte die Schuldnerin konkret aufzeigen, wie sie ihre wirtschaftliche Zukunft plant und wie sie die hierfür notwendigen Mittel aufbringt. Es scheint, dass sie ihre aktuelle Geschäftstätigkeit auf ein Minimum reduziert hat und auf die Fixierung des nächsten grossen Auftrags durch die D.____ AG wartet. Hiervon dürfte der erfolgreiche Fortgang der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin abhängig sein.

An den vom Geschäftsführer C._____ erklärten Rangrücktritt hinter den aktuellen und zukünftigen Gläubigerforderungen werden strenge Massstäbe geknüpft. Insbesondere aber beseitigt der Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR eine Überschuldung nicht. Ebenso wenig bewirkt er eine Verbesserung der Liquidität der Gesellschaft. Er überbrückt viel mehr eine kurzfristige Überschuldung. Insofern kommt ein Rangrücktritt nur in Frage, wenn die Gesellschaft zwar überschuldet, daneben aber ertrags- und liquiditätsmässig überlebensfähig ist und sich eine mittelfristige Gesundung abzeichnet. Da es überdies in formeller Hinsicht eine von beiden Parteien, d.h. vom Gläubiger und der Schuldnerin unterzeichnete Vereinbarung braucht, eine solche aber offensichtlich nicht vorliegt, kommt der Rangrücktrittserklärung von C._____ vom 4. Juni 2015 (act. 17) keine eigentliche

Rechtswirkung zu. Mit anderen Worten ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin damit noch nicht glaubhaft gemacht.

Für die Zahlungsfähigkeit bzw. Liquidität der Schuldnerin spricht jedoch, dass sie aufgrund des auf ein Minimum reduzierten Geschäftsgangs keine weiteren finanziellen Verpflichtungen hat und die noch offenen Steuerschulden sich in einem so geringen Rahmen bewegen, dass sie diese in absehbarer Zeit abzutragen in der Lage ist, zumal der Geschäftsführer offensichtlich mit seinem privaten Vermögen für das finanzielle Überleben der Schuldnerin gerade stehen will. Weiter ist noch eine grössere Debitorenforderung von rund Fr. 10'218.95 ausstehend (act. 13), deren Begleichung den Liquiditätsengpass der Schuldnerin ebenfalls stark reduzieren wird. Kommt es zudem zum Abschluss des in act. 17 erwähnten Vertrags mit der D. _____ AG, so wäre die Schuldnerin mit einem Auftragsvolumen konfrontiert, welche es ihr aller Voraussicht nach auch ohne Weiteres erlauben würde, die Geschäftstätigkeit wieder hochzufahren und die damit verbundenen regelmässigen Verbindlichkeiten wie Löhne, Miete, Strom, Versicherungen zu decken. Ihre finanzielle Situation dürfte sich also zukünftig insgesamt deutlich verbessern. Entsprechend sind die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten, welche zum Konkurs geführt haben, als bloss vorübergehender Natur zu werten. Die Schuldnerin erscheint nicht auf unabsehbare Zeit illiquid. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass blosses Behaupten dem Erfordernis der Glaubhaftmachung nicht genügt, sondern die Behauptungen mittels geeigneter Urkunden zu belegen sind. Dies hat die Schuldnerin nur sehr rudimentär getan. Abgesehen davon wurde die Schuldnerin mehrfach und detailliert darauf hingewiesen, was sie zur Erfüllung von Art. 174 Abs. 2 SchKG noch einzubringen hat. Dieser Aufforderung kam sie nur sehr knapp nach. Damit hat sie es nur knapp, aber doch ausreichend, geschafft, ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen.

3. Zusammenfassung

Zusammengefasst wies die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nach und tat auch ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG,

wenn auch wie dargelegt nur knapp, dar. Folglich ist ihre Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin am 12. Mai 2015 eröffnete Konkurs ist aufzuheben. Die Schuldnerin darf indessen nicht davon ausgehen, dass dies in einem gleichartigen künftigen Beschwerdeverfahren wieder der Fall sein werde.

4. Kosten

4.1. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Sie sind nach der kantonalen Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (LS 211.11) in Verbindung mit Art. 1 lit. c und Art. 96 ZPO zu bemessen. Fr. 750.– entsprechen der gerichtüblichen Taxierung einer Konkursbeschwerde.

4.2. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den bei ihr hinterlegten Bargeldbetrag von insgesamt Fr. 17'799.75 (Fr. 750.-- + Fr. 750.-- + Fr. 16'299.75) nach Abzug der zweitinstanzlichen Entscheidegebühr von Fr. 750.– im Umfang von Fr. 17'049.75 dem Konkursamt Uster zu überweisen. Dieses wird der Gläubigerin deren Forderung und den für die Konkursöffnung bezahlten Vorschuss bezahlen. In der Vorladung des Konkursrichters und in dessen Urteil entstand ein Durcheinander mit den Kosten: die "Gläubigerkosten" von Fr. 227.60 sind richtig die Kosten von Zahlungsbefehl, Konkursandrohung und zwei weiteren Zustellungen (act. 2/2), also die Betreuungskosten. Und was als solche ("Betreibungskosten") bezeichnet ist (Fr. 882.10), setzt sich zusammen aus der Umtriebsentschädigung (act. 2/1 und act. 2/2: Fr. 500.--) und dem Zins für die Zeit vom 1. Januar bis zum 3. September 2014. Der Gesamtbetrag ist aber richtig, und die Schuldnerin hat ihn auch nicht bemängelt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 12. Mai 2015, 11:00 Uhr, mit welchem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 450.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 17'799.75 nach Abzug der zweitinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 750.– im Umfang von Fr. 17'049.75 dem Konkursamt Uster zu überweisen.
4. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag (Überweisung durch den Konkursrichter und Überweisung durch die Obergerichtskasse) der Gläubigerin vorweg Fr. 12'630.15 und Fr. 2'000.– auszuzahlen, sodann seine Kosten (im Umfang von höchstens Fr. 250.–) zu beziehen und einen Überschuss der Schuldnerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: